



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 4 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de diciembre de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización, formulada por A.M.A. y I.H.T., en representación de la C.P.E.F., S.L. y por I.H.T., en representación de las empresas C.W., S.L., E.S., S.L. e I.E.I.C., S.L., por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios (B.O.C. nº 209/2004 de 28 de octubre) (EXP. 462/2008 ID)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 23 de octubre de 2008, por el Excmo. Sr. Consejero de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias, se solicita de este Consejo la emisión de Dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución formulada en el curso de un procedimiento de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados como consecuencia de la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares.

La legitimación del Sr. Consejero para solicitar el Dictamen la otorga el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

La preceptividad del Dictamen y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de lo previsto en el art. 11.1.D.e) de la citada Ley 5/2002, al tratarse de una reclamación formulada en materia de responsabilidad patrimonial dirigida a una de las Administraciones públicas de Canarias.

II

Los antecedentes que han dado origen a la presente reclamación de responsabilidad patrimonial son los siguientes:

Por Decreto 53/2003, de 30 de abril, se reguló la instalación y explotación de los parques eólicos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias. El art. 5.1 de este Decreto establecía que la asignación de potencia se realizaría por parte de la Consejería competente en materia de energía, mediante procedimiento de concurso público, añadiendo que únicamente podría concederse autorización administrativa para la instalación de parques eólicos a aquellas personas que hubieran obtenido la previa asignación de potencia mediante el correspondiente concurso (art. 5.2).

De conformidad con lo dispuesto en el citado artículo, mediante Orden de la extinta Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, de 14 de octubre de 2004, se convocó concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares canarios y se aprobaron las bases que habían de regir el referido concurso.

El Decreto 53/2003 fue posteriormente anulado por Sentencia de 2 de septiembre de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Como consecuencia de esta anulación la Consejería competente acordó mediante Orden de 3 de abril de 2006, iniciar un procedimiento de revisión de oficio a fin de declarar la nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004. Concluida su tramitación y previo Dictamen favorable de este Consejo Consultivo, por Orden de 28 de junio de 2006 de la Consejera de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías se declaró la nulidad de la citada Orden de convocatoria del concurso.

Declarada esta nulidad, mediante Orden de la misma Consejería de 11 de septiembre de 2006 se autorizó a las entidades que figuraban relacionadas en sus Anexos a retirar las garantías depositadas para responder de las obligaciones previstas en la Orden de 14 de octubre de 2004.

Finalmente, notificada la Orden de 28 de junio de 2006 a los diversos interesados que habían presentado sus ofertas, se plantean diversas reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, solicitando el resarcimiento de los daños patrimoniales que la declaración de nulidad del concurso les había irrogado.

III

1. Las reclamaciones que integran el expediente remitido a este Consejo han sido interpuestas por A.M.A. y I.H.T., en representación de la C.P.E.F., S.L., e I.H.T., en representación de las empresas C.W., S.L., E.S., S.L., e I.E.I.C., S.L.

Las citadas entidades ostentan legitimación activa al haber sufrido, como participantes en el concurso público posteriormente anulado, un daño de carácter patrimonial que imputan al funcionamiento de la Administración autonómica, quien en consecuencia se encuentra legitimada pasivamente.

2. Las reclamaciones han sido formuladas dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que ha de computarse desde el día siguiente al de la notificación a cada uno de los interesados de la Orden por la que se anuló el concurso, por lo que no pueden ser calificadas de extemporáneas. Consta en la documentación remitida que las notificaciones se llevaron a cabo los días 29 y 30 de junio de 2006, presentándose las diversas reclamaciones en el Servicio de Correos con fecha 27 de junio de 2007.

3. En el orden procedimental, se ha realizado la apertura de periodo probatorio y se ha otorgado el trámite de audiencia, constando además en el expediente el informe del Servicio Jurídico del Gobierno. No obstante, se formulan las siguientes observaciones:

A. Cabe señalar, ante todo, que las reclamaciones han sido tramitadas separadamente, si bien en la Propuesta que culmina el expediente se procede a su acumulación a efectos resolutorios, de acuerdo con lo previsto en el art. 6.2 del Reglamento de los Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (RPAPRP), por guardar identidad sustancial o íntima conexión en cuanto a las pretensiones deducidas. En relación con este extremo, cabe señalar que resultando evidente el presupuesto de hecho que habilita la acumulación, tal como establecen

el art. 73 LRJAP-PAC y el precepto reglamentario citado, aquélla se debió llevar a cabo mediante el oportuno acuerdo adoptado durante la tramitación de los diversos procedimientos, si bien este proceder no ha causado indefensión a los interesados.

El órgano instructor del procedimiento, en aplicación de lo previsto en el art. 10.1 RPAPRP, recabó informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño (Servicio de Desarrollo de Nuevas Energías y Ahorro Energético), solicitando en especial un pronunciamiento acerca de la relación de causalidad entre la conducta imputable a la Administración y los perjuicios reclamados. En el informe emitido se sostiene que las reclamaciones se presentan como consecuencia de la Orden de anulación del concurso y que esta anulación se produce así mismo por Orden de la Excm. Sra. Consejera y no por iniciativa del Servicio ni como consecuencia del normal desarrollo de la tramitación del procedimiento, por lo que concluye que no es este Servicio el que ha causado la presunta lesión indemnizable, inhibiéndose de emitir un pronunciamiento sobre las reclamaciones. El órgano instructor, además, se ha quietado con esta conclusión.

Aunque las reclamaciones sean consecuencia de la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004, ello no es óbice para que los diversos Servicios administrativos implicados bajo cuya competencia se ha desarrollado el procedimiento relativo al concurso, y anulado la mencionada Orden valoren tanto la necesaria relación de causalidad como los daños que, en su caso, hubiera podido generar a los participantes la anulación de la convocatoria, así como sus pretensiones, teniendo en cuenta las alegaciones y documentación presentada por aquéllos y las derivadas directamente de las condiciones exigidas en las Bases de la convocatoria del mencionado concurso.

Esta actuación pasiva de los Servicios administrativos implicados ha generado el efecto de que no existe en el expediente con anterioridad al trámite de audiencia, ningún informe que se pronuncie sobre las reclamaciones, ni sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para que proceda declarar la responsabilidad de la Administración, que se han incorporado directamente en la Propuesta de Resolución. Ni se valora, claramente, la documentación exigida para la participación en el concurso. Ni existe, por ello, informe alguno sobre los supuestos desembolsos económicos reclamados en este extremo.

Finalmente, se ha superado el plazo de seis meses legalmente establecido para la resolución del procedimiento (arts. 42.2 LRJAP-PAC y 13.3 RPAPRP), lo que no está fundamentado, al no acordarse suspensión del procedimiento o ampliación del plazo

indicado por el órgano instructor según la normativa aplicable, generándose una demora que no es imputable al interesado.

Ahora bien, ello no obsta al cumplimiento de la obligación de resolver expresamente el procedimiento (arts. 41, 42.1, 2 y 3 y 43.1 y 4 LRJAP-PAC) y a que pueda entenderse desestimatorio el silencio administrativo producido (arts. 43.2 y 142.7 LRJAP-PAC).

IV

1. Las diversas entidades interesadas reclaman las siguientes indemnizaciones:

P.E.F., S.L., solicita una indemnización por importe de 1.148.687,40 euros, cantidad a que asciende la suma de los siguientes conceptos: Gastos diversos ocasionados por la participación en el concurso, que comprenden los estudios de viabilidad técnica y económica de los parques eólicos, así como los costes financieros de los avales depositados (82.077,36 euros) y la pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 1.066.610,04 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado de haber resultado adjudicatario.

C.W., S.L., reclama una indemnización de 482.056,13 euros, integrada por: Gastos diversos, en los que incluye los estudios de viabilidad técnica y económica de los parques eólicos, más los gastos de notarías, registro mercantil y los costes financieros de los avales depositados (82.077,36 euros) y la pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 399.978,77 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

E.S., S.L., reclama un total de 3.015.254,97 euros por los siguientes conceptos: Gastos diversos, en los que incluye los estudios de viabilidad técnica-económica de los parques eólicos y los costes financieros de los avales depositados (82.077,36 euros), así como la pérdida de oportunidades, que cifra en la cantidad de 2.933.177,61 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

I.E.I.C., S.L., reclama una indemnización por importe de 5.881.796,46 euros por los siguientes conceptos: Gastos diversos estudios de viabilidad técnica-económica, gastos de asesoramiento fiscal, contables y jurídicos, gastos de los avales, de los alojamientos en hoteles, de viajes en avión y barco, de alquiler de vehículos, de peaje de autopistas, de gasolina, de comida, de publicaciones, de envíos de mercancías y de adquisición de dos impresoras (82.077,36 euros). Reclama también la

pérdida de oportunidades, cifrada en la cantidad de 5.799.692,10 euros, equivalente al 10% del beneficio esperado.

2. La Propuesta de Resolución estima las reclamaciones en lo que se refiere a la indemnización de los gastos generados por el aval que las entidades debieron presentar para participar en el concurso público. Desestima en cambio las reclamaciones presentadas en relación con los restantes conceptos.

En esencia, las razones que avalan esta resolución, fundamentada en las consideraciones vertidas por el Servicio Jurídico en su informe, con cita de diversa jurisprudencia (singularmente, Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 2006), son las siguientes:

“(...) En el presente caso se ha producido un daño antijurídico a las empresas reclamantes como consecuencia de la anulación del concurso para la asignación de potencia. Ahora bien, y siguiendo la línea argumental de la Dirección General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, se deben considerar como gastos indemnizables los realizados de forma necesaria para poder participar en el concurso, que se han de limitar a los gastos ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval hasta su cancelación.

Sin embargo, deben quedar fuera de tal consideración como gastos indemnizables los proyectos presentados a la licitación y demás gastos relacionados con los mismos, dado que la participación en el concurso no comporta sino una expectativa, por lo que han de entenderse comprendidos dentro del riesgo que todo licitador asume al concurrir a un procedimiento de contratación o concurrencia y que a él corresponde sufragar, ya que los mismos pueden frustrarse por la no adjudicación y, en todo caso, pueden retirarse y hacer uso de ellos en otras convocatorias.

A mayor abundamiento, las bases del concurso no exigían la presentación de un proyecto técnico suscrito por un facultativo competente y visado por el colegio profesional correspondiente. La contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del Plan Eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, pero que dicho gasto no venía impuesto por las propias bases del concurso público. En este caso, sólo se exigía la presentación de un plan eólico donde se definieran las características del parque eólico en base a los siguientes apartados:

a) Memoria resumen.

b) Datos de potencia y energía de origen eólico.

c) Aerogeneradores.

d) Grado de afección al sistema eléctrico.

e) Localización geográfica.

f) Terrenos.

g) Aspectos socio-económicos.

h) Valoración medioambiental.

Una vez resuelto el concurso las empresas adjudicatarias sí que estaban obligadas a presentar el correspondiente proyecto técnico del parque eólico objeto de la potencia adjudicada para su autorización por la Administración competente en materia de energía.

Por otro lado, los gastos indirectos reclamados por la empresa Ingeniería Eólica de las Islas Canarias, tales como viajes, alojamientos, alquiler de vehículos, comidas, peaje de autopista, compra de dos impresoras, compra de publicaciones, tampoco son gastos indemnizables, debiendo la empresa licitadora asumir dichos gastos, ya que los mismos se deben vincular al riesgo empresarial derivado de la participación del empresario en cualquier licitación pública.

Finalmente, las indemnizaciones solicitadas por las empresas reclamantes en concepto de pérdida de oportunidades o pérdida del beneficio obtenido (lucro cesante), no pueden ser estimadas, por cuanto, por una parte, no son indemnizables, como se dijo anteriormente, las meras expectativas, y la aceptación del lucro cesante supondría en este caso indemnizar expectativas de beneficios además no suficientemente justificadas por las empresas reclamantes”.

3. De conformidad con lo previsto en el art. 142.4 LRJAP-PAC, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización. Con ello, como reiteradamente ha señalado la Jurisprudencia, el derecho a la indemnización no se da por supuesto por el solo hecho de que el acto administrativo haya sido anulado; no es una secuela necesaria derivada de dicha anulación, sino que requiere la concurrencia de los requisitos generales establecidos en el art. 139.1 LRJAP-PAC, es decir, daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el acto de la Administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el

sentido de ausencia del deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo (SSTS de 31 de mayo de 1997, 28 de junio de 1999, 15 de abril de 2000, 12 de julio y de 26 de septiembre de 2001, entre otras muchas). El citado art. 142.4 establece, pues, como señala la STS de 31 de mayo de 1997, la posibilidad de que la anulación del acto administrativo, de acuerdo con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sea presupuesto inicial u originario para que tal responsabilidad pueda nacer siempre que concurren los requisitos para ello.

En el presente supuesto, como así se ha apreciado en la Propuesta de Resolución, concurren los presupuestos legalmente exigidos para que proceda la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de la convocatoria del concurso público, pues se trata de un daño efectivo, individualizado y susceptible de valoración económica que los interesados no tienen el deber jurídico de soportar, derivado del propio actuar de la Administración al anular la convocatoria, una vez iniciado el procedimiento, cuando ya se habían presentado las diversas solicitudes por los participantes.

4. Sentada en estos términos la responsabilidad de la Administración, procede seguidamente determinar qué daños tienen carácter de indemnizables.

A este respecto, la Propuesta de Resolución estima, como antes se ha señalado, que sólo resultan indemnizables los realizados de forma necesaria para poder participar en el concurso y considera que únicamente revisten tal carácter los ocasionados por la constitución y mantenimiento del aval hasta su cancelación. Se excluyen así los gastos relativos al proyecto de parque eólico por considerar que la participación en el concurso no comporta sino una expectativa, por lo que han de entenderse comprendidos dentro del riesgo que todo licitador asume al concurrir a un procedimiento de contratación o concurrencia y que a él corresponde sufragar, ya que los mismos pueden frustrarse por la no adjudicación y, en todo caso, pueden retirarse y hacerse uso de ellos en otras convocatorias. A mayor abundamiento, se señala que las bases del concurso no exigían la presentación de un proyecto técnico suscrito por un facultativo competente y visado por el Colegio profesional correspondiente y que la contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del plan eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, sin que este gasto viniese impuesto por las propias bases del concurso público.

Por lo que respecta a esta fundamentación, se estima conforme a Derecho la conclusión de que únicamente procede indemnizar aquellos gastos que los interesados debieron sufragar de forma necesaria para poder participar en el concurso, lo que efectivamente incluye los gastos de constitución y mantenimiento del aval que a estos efectos exigían las bases de la convocatoria, en aplicación de lo previsto en el art. 10.2.a) del Decreto 53/2003. Este mismo criterio permite excluir los gastos originados como consecuencia de la elaboración del proyecto técnico de instalación eólica, que no puede revestir el carácter de necesario porque la convocatoria no exigía su presentación ya que, conforme a lo previsto en el art. 14.2 del citado Decreto 53/2003, debían presentarlo con posterioridad los que resultaran adjudicatarios.

Ahora bien, la convocatoria en su base cuarta exigía la presentación de la documentación acreditativa correspondiente a la información y datos solicitados en el plan eólico cuyas determinaciones se establecieron en su Anexo III. Este plan tenía por objetivo la definición de las características del parque eólico, a cuyo efecto debían completarse los siguientes apartados: memoria resumen, datos de potencia y energía de origen eólico, aerogeneradores, grado de afección al sistema eléctrico, localización geográfica, terrenos, aspectos socio-económicos y valoración medioambiental. Como acaba de señalarse, la Propuesta de Resolución considera que no deben ser objeto de indemnización por las apuntadas razones de que, en primer lugar, la participación en el concurso no comporta sino una expectativa y, por tanto, el licitador debe, en todo caso, asumir este coste y, en segundo lugar, la contratación externa de una asistencia técnica para la redacción del plan eólico es fruto de una decisión libremente adoptada por el empresario, sin que este gasto viniese impuesto por las propias bases del concurso público.

Frente a este criterio, procede señalar que la presentación de la documentación relativa al plan eólico, en los términos indicados, venía exigida en las bases de la convocatoria y que la elaboración de esta documentación ha podido generar gastos a los participantes, sobre todo en lo que se refiere a aquellos extremos de carácter técnico en los que, si bien como se señala no se exige por las bases la contratación de asistencia externa, sin embargo pueden requerir determinados conocimientos específicos para su elaboración. Además, si bien es cierto que la participación en el concurso no genera más que una expectativa y que se trata de un riesgo que asume el participante en caso de no resultar finalmente adjudicatario, no nos encontramos en puridad ante este supuesto por cuanto no se trata de reclamaciones fundadas en

la circunstancia de haber sufrido un resultado adverso en el concurso de no haber resultado adjudicatario, sino que ha sido la actuación de la Administración al declarar nula la Orden de convocatoria la que ha impedido el normal devenir del concurso público.

Se considera, por ello, que son también indemnizables los gastos relativos a la elaboración de la documentación integrante del plan eólico exigida en las Bases de la convocatoria, siempre que hayan sido no sólo debidamente acreditados sino que deriven estrictamente de la elaboración de la documentación exigida, sin incluir otros gastos reclamados por los interesados que no respondan a esta finalidad. El expediente tramitado debe, por ello, completarse adecuadamente con el informe de los servicios administrativos implicados, con referencia a la citada documentación y a los gastos realmente generados por los reclamantes por los citados conceptos, debidamente acreditados, con participación previa y audiencia posterior de los reclamantes, antes de la redacción de la Propuesta de Resolución, remitiéndose, en su caso, en garantía del acierto de la mencionada Propuesta de Resolución a este Consejo para la emisión del correspondiente Dictamen.

5. Por lo que se refiere a los restantes gastos reclamados, la Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho en cuanto a la desestimación.

Así, en lo que se refiere a la pérdida de oportunidades, se fundamenta en las diversas reclamaciones en la existencia de un derecho a ser indemnizado en los supuestos en que el administrado, a consecuencia del actuar de la Administración, perdió la posibilidad de participar u obtener algo. En este caso se identifica la pérdida de oportunidades con la imposibilidad de resultar adjudicatario, argumentando que *"no se está solicitando una indemnización aduciendo que, de no haber mediado la declaración de invalidez de la Orden de 2004, habría resultado mi representada necesariamente adjudicataria del concurso. No se está solicitando, por tanto, el lucro cesante derivado de una situación hipotética de tal naturaleza, pero sí -se insiste- una indemnización derivada de la pérdida de oportunidades en que se ha traducido la declaración de invalidez de la Orden de 2004"*.

Aunque establecido en estos términos, se reclama en realidad sobre la base de una mera expectativa de poder resultar adjudicatario en el concurso público convocado. El daño no reviste, por tanto, el carácter de daño real y efectivo, pues no constituye más que una mera expectativa, un beneficio hipotético que podría producirse, partiendo además de la premisa de que podría resultar adjudicatario en el concurso. En este sentido, es constante la jurisprudencia que sostiene que no cabe

derivar el daño de supuestos meramente posibles y de resultados inseguros, eventuales o meramente hipotéticos (SSTS 5 de junio de 1972, 3 de febrero de 1989, 12 de marzo de 1992, 23 de julio de 2002, entre otras), que es precisamente lo que se reclama por los interesados.

Finalmente, tampoco son resarcibles los gastos que específicamente reclama la empresa Ingeniería Eólica de las Islas Canarias (viajes, alojamientos, alquiler de vehículos, comidas, peaje de autopista, compra de dos impresoras, compra de publicaciones), pues, como señala la Propuesta de Resolución, son gastos que ha de asumir la empresa licitadora, ya que los mismos se deben vincular al riesgo empresarial derivado de la participación del empresario en cualquier licitación pública, sin que deriven específicamente del concurso convocado.

6. De la aplicación de este criterio a las distintas reclamaciones presentadas resulta que procede indemnizar a todas las entidades interesadas por los gastos de constitución y mantenimiento de los avales, en los términos fijados en la Propuesta de Resolución, que han sido acreditados mediante las correspondientes certificaciones bancarias.

Por lo que se refiere a los gastos relativos a la documentación presentada, procedería conforme al criterio antes expuesto su indemnización, siempre que hubieran sido acreditados y respondan estrictamente a la elaboración del plan eólico en los términos exigidos, extremo sobre el que deben pronunciarse los servicios administrativos implicados tras el análisis y examen de las documentaciones presentadas.

No procede la indemnización de los restantes gastos reclamados, en atención a las razones ya señaladas.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, en cuanto concurre relación de causalidad entre el daño alegado por los interesados y la anulación de la Orden de 14 de octubre de 2004 (*por la que se convoca concurso público para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos destinados a verter toda la energía en los sistemas eléctricos insulares*).

2. De conformidad con lo expresado en el Fundamento IV.4 del presente Dictamen, son indemnizables tanto los gastos derivados de la constitución de avales

para participar en el citado concurso, para la asignación de potencia en la modalidad de instalaciones de nuevos parques eólicos (...), como los desembolsos económicos generados, en su caso, por la aportación de la documentación complementaria exigida en las bases de la convocatoria. Su determinación y cuantificación requiere el cumplimiento de los presupuestos y requisitos que se señalan en el mencionado Fundamento IV.

3. Los restantes conceptos aducidos por los interesados en sus reclamaciones no son resarcibles, como resuelve, acertadamente, la Propuesta de Resolución.